



UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

REINALDO LUZ LIMA DAS VIRGENS FERREIRA

ATIVISMO JUDICIAL:

A LEGITIMIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FERRAMENTA
CONSTITUCIONAL DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E
DIREITO.

Brasília – DF

2012

REINALDO LUZ LIMA DAS VIRGENS FERREIRA

RA: 2045448/9

ATIVISMO JUDICIAL:

A LEGITIMIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FERRAMENTA
CONSTITUCIONAL DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E
DIREITO.

Trabalho monográfico apresentado como
requisito para obtenção de menção na
disciplina Monografia III, do Curso de Direito,
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Professor Orientador: Álvaro Ciarlini

Brasília – DF

2012

REINALDO LUZ LIMA DAS VIRGENS FERREIRA

RA: 2045448/9

ATIVISMO JUDICIAL:

A LEGITIMIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FERRAMENTA
CONSTITUCIONAL DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E
DIREITO.

Trabalho monográfico apresentado como
requisito para obtenção de menção na
disciplina Monografia III, do Curso de Direito,
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Professor Orientador: Álvaro Ciarlini

Brasília, _____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Examinador 1: Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo Ciarlini.

Examinador 2: Prof(a). Dr(a). Debora Soares Guimarães

Examinador 3: Prof. Dr. Eliardo França Teles Filho

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, que é o grande viabilizador de qualquer conquista e cujo sopro guiou meus passos até aqui. Ao meu paciente orientador, Professor Álvaro Ciarlini e a todos os outros mestres que formaram a base na qual concluí esta etapa em minha vida.

*“Pois a vereda dos justos é como a luz da aurora, que brilha mais a cada dia até
que se forme o dia perfeito”.*

- Salomão

RESUMO

A legitimidade dos efeitos gerados em decisões decorrentes de ações populares, como por exemplo, a Ação Civil Pública tem suscitado conflitos entre os poderes que compõem nossa democracia. Nesse sentido se busca através deste trabalho de conclusão de curso (monografia) apresentar sucintamente os aportes fornecidos pela teoria do acoplamento estrutural do sociólogo e jurista Nicklas Luhmann aliados ao seu critério de legitimação pelo procedimento como alternativa às teorias coladas como hipóteses que possivelmente poderiam ser utilizadas como respostas aos conflitos em questão. Tais hipóteses concentram seu foco no questionamento do instrumento da Ação Civil Pública em si, especificamente em relação ao seu objeto e os efeitos de suas decisões, e no judiciário como aplicador deste instrumento, conforme a visão do ativismo judicial e da judicialização da política. O presente trabalho apresenta a ótica de Luhmann no intuito de apresentar o procedimento em si como ferramenta de acoplamento estrutural dos sistemas político e jurídico.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Ativismo judicial. Judicialização da política. Discrição judicial. Procedimentalismo. Substancialismo. Acoplamento estrutural. Legitimação pelo procedimento.

Sumário.

INTRODUÇÃO:	7
1 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.	13
1.1 QUESTIONAMENTO ACERCA DO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.	14
1.2 DA EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.	16
2 DO ATIVISMO JUDICIAL:	21
2.1 AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL:	21
2.2 A SEMÂNTICA DO ATIVISMO JUDICIAL.	24
2.3 O PAPEL DO ATIVISMO JUDICIAL.....	26
2.4 ATIVISMO JUDICIAL: A PERSPECTIVA DAS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA.	28
2.5 ATIVISMO JUDICIAL: A MISSÃO DE REALIZAR AS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS.....	30
2.6 O ATIVISMO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS	33
2.7 DISCRIÇÃO JUDICIAL: O EMBATE DE DWORKIN X HART.....	37
3 TEORIA DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DE LUHMANN.....	42
3.1 LUHMANN: CONCEITO DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL.....	42
3.2 O CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DE LUHMANN.....	44
3.3 A RESPOSTA DE LUHMANN PARA O CONFLITO ENTRE LEGALIDADE E JUSTIÇA.....	47
4 CONCLUSÃO.	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

INTRODUÇÃO:

Vivemos um tempo democrático onde os Estados, através das suas evoluções, geram aos seus cidadãos a possibilidade de se inteirarem cada vez mais acerca do governo que os rege, facultando aos mesmos a fiscalização dos poderes que os governam. Na medida em que o cidadão se informa acerca dos seus direitos e dos objetivos da sua nação ele se sente apto para questionar tais políticas e inicia então uma busca pela concretização dessas missões coletivas. Tal busca se faz com instrumentos especificamente criados para este fim e se aplica através da instituição aparentemente mais sólida que rege nosso estado democrático de direito, o poder judiciário.

Inicialmente cabe ressaltar que todo trabalho que almeje aprofundar-se no tema em questão, deverá desenvolver uma longa discussão não somente em torno do problema per si, e suas distintas hipóteses, mas também adentrar na filosofia e na sociologia desta ciência. Não será essa a ambição. Muito pelo contrário, este trabalho tentará permanecer no árido terreno que distingue um trabalho acadêmico de um fundamentado manifesto.

Enfrenta-se, portanto o desafio de tratar um tema amplamente discutido pelos doutrinadores. Optou-se, no entanto, por um recorte instrumental como parâmetro de avaliação tomando como base o seu viés sociológico. A pergunta é pontual: São legítimos os efeitos da Ação Civil Pública (ACP) quando utilizada como uma ferramenta de acoplamento estrutural entre política e direito?

A resposta, entretanto, não é tão simples quanto à indagação. Circundando o tema gravitam obras de autores clássicos e contemporâneos, bem como exaltadas discussões

repletas de propostas. Esta monografia tampouco ostenta tal pretensão, sua tarefa se considerará cumprida nos simples fatos de trazer à tona os debates e descortinar as alternativas propostas por alguns estudiosos das ciências jurídicas em geral.

A área de delimitação temática será a do Direito Constitucional voltada para o âmbito dos efeitos dos julgamentos das Ações Cíveis Públicas no que tange o conflito entre as decisões jurídicas do Poder Judiciário e as edições políticas dos Poderes Legislativo e Executivo (judicialização da política), cujo tema será tratado por meio de uma pesquisa doutrinária acerca do tema em questão.

Com relação ao questionamento acima citado, o Brasil consagra a separação de poderes no artigo 1º da Constituição da República de 1988, além de estabelecer no artigo 5º um longo rol de garantias aos direitos individuais típicos de uma ordem liberal. No entanto além destas garantias há também uma grande quantidade de normas que disciplinam direitos sociais e até mesmo políticas públicas, consagrando a Constituição como uma carta dirigente na opinião majoritária da doutrina brasileira. Verifica-se, porém que, juntamente com todas essas disciplinas que exigem uma grande atuação do Estado, a herança do modelo idealizado por Montesquieu produz uma aparente contradição no constitucionalismo brasileiro. Esta aparente contradição consiste na existência simultânea de uma exigência constitucional no sentido de o Estado atuar na realização dos direitos constitucionais e ao mesmo tempo esta atuação ser freada pelo modelo histórico de divisão dos poderes e de freios e contrapesos.

No intuito de sanar estas supostas contradições o presente estudo visa pontuar os aspectos jurídicos presentes na doutrina.

A justificativa empírica deste tema deu-se após quatro anos de estudo das ciências jurídicas, com o contato direto com pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias. Durante este

período surgiram inúmeras polemicas e discussões recentes acerca da forma de atuação das mais altas cortes jurídicas do país em face aos outros poderes da república.

Observou-se que a expansão da atividade judicial elevou o poder judiciário brasileiro a um status que muito se assemelha a um poder moderador, ou uma instituição reguladora dos outros poderes republicanos. Nos últimos anos, com os avanços da democracia e da cultura de cidadania dos membros do Estado, o apelo nacional por um guardião dos direitos individuais e difusos que saísse em sua defesa frente aos abusos dos poderes legislativo e executivo fez recair sobre o poder judiciário um papel que originalmente não lhe pertencia, causando assim um desequilíbrio das instituições maiores do Brasil.

Em razão destes fatos verificou-se, portanto, que havia um desequilíbrio entre os três poderes que regiam nosso estado. Era perceptível o fato de que o poder judiciário estava sofrendo duas transformações importantes. A primeira era o crescimento exponencial das suas provocações, em face da postura assumida de defensor da constituição e dos direitos da sociedade, o que conseqüentemente alavancou seus trabalhos em um nível que, não tendo estrutura para tal, acabou por engessar o próprio poder. E a segunda, e mais intrigante, foi a expansão inevitável dos poderes e limites de ação do judiciário, especificamente em suas ultimas instancias em razão da sua postura ativa dos seus ministros, o que acarretou em um movimento de judicialização da política e do próprio executivo em partes.

Esta questão motivou o estudo em voga no intuito de entender a legitimidade dos efeitos decisórios gerados em ações coletivas em sua missão de garantir as promessas constitucionais como, por exemplo, o instrumento escolhido que é a Ação Civil Pública.

O presente trabalho se justifica teoricamente sob o prisma de temas jurídicos atuais como o crescimento das ações judiciais em defesa das Constituições gerando o fenômeno chamado “judicialização da política” e a expansão do escopo das questões sobre as

quais os tribunais devem formar juízos ou o denominado “ativismo judicial” das Cortes e Tribunais Constitucionais. Justifica também o surgimento de uma reação democrática em favor da preservação dos poderes e contra as práticas totalitárias, trazendo à pauta a atual discussão acerca dos limites das cortes constitucionais.

Sob o foco do ativismo judicial o presente trabalho tem por objetivo analisar dentre as hipóteses presentes na doutrina a legitimidade dos julgados de ações civis públicas no que tange a regulamentação de atividades afetas aos demais poderes da república e sua consequente problemática.

No tocante aos referenciais teóricos deste, especificamente se tratando primeiramente da Ação Civil Pública e seus desdobramentos o trabalho terá como base os juristas Arruda Alvim e Rodolfo de Camargo Mancuso no que tange o seu objeto e Kazuo Watanabe, Andreas Krell novamente com Mancuso no que tange a sua efetividade.

Ao se tratar acerca do ativismo judicial utilizar-se-ão as bases de conhecimento dos juristas Luiz Werneck Vianna, Neal Tate e Torbjorn Vallinder, Luiz Lênio Streck, Ronald Dworkin, John Hart Ely, Jurgen Habermas, Mauro Capelletti, Herbert Lionel Adolphus Hart e Hans Kelsen para se tecerem temas afetos como a sua semântica, seus papéis e perspectivas assim como sua missão de realizar promessas constitucionais e sua interação com as políticas públicas.

Por fim será colada a ótica do jurista alemão e sociólogo Niklas Luhmann para se explicar a tese do acoplamento estrutural e sua aplicação à pergunta elaborada e o critério de legitimação pelo procedimento adotado como alternativa apresentada no trabalho.

O plano de trabalho desenvolvido se dará da seguinte forma: no primeiro ponto da monografia será apresentado o problema do trabalho. No que afeta à sua organização, esta seguirá com uma breve apresentação do instrumento da Ação Civil Pública no qual se apresentará um breve relato histórico e os legitimados para aplicá-la. Após a introdução acerca da ferramenta o trabalho seguirá aos questionamentos acerca do seu objeto e da sua efetividade.

Em seguida falar-se-á do Ativismo Judicial desde sua origem até os dias atuais. Será trazida uma visão semântica sobre o tema e a explicação dos papéis desempenhados neste movimento, seguindo com explanações importantes ao trabalho que são as perspectivas substancialistas e procedimentalistas acerca do movimento e para finalizar o tema será mostrado o enfoque acerca da missão de concretizar as promessas constitucionais e da interferência nas políticas públicas do estado.

À vista disso, na penúltima etapa, explanar-se-á acerca da ótica do acoplamento estrutural de Luhmann colando seu conceito e o entendimento do autor sobre o critério de legitimidade como resposta para o conflito entre a legalidade e a justiça.

Por fim se fará uma compilação das hipóteses coladas denunciando seus aspectos nefastos e esclarecendo o propósito de escolha da hipótese defendida juntamente com suas consequências.

Na conclusão do trabalho será aplicada a solução proposta pela hipótese defendida à pergunta feita no início do trabalho.

No tocante à metodologia o tipo de pesquisa a ser utilizado será doutrinário. Esta pesquisa busca a contribuição teórica à resolução de problemas práticos como o conflito de competências das instituições presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Como técnica de pesquisa utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, documental de artigos, livros e legislações ligadas às Cortes Constitucionais, Ações Cíveis Públicas, Judicialização da política e Ativismo Judicial. Haverá também uma busca sobre temas afetos à sociologia.

No tocante ao método de procedimento vale ressaltar que trata-se de um estudo monográfico que seguirá um enfoque doutrinário. Será realizada uma leitura sistemática de obras citadas nas referências bibliográficas deste trabalho bem como teses, artigos ou monografias referentes ao assunto. Será defendida a tese procedimentalista de acordo com Nicklas Luhmann.

As categorias a serem pesquisadas são: “Ativismo Judicial”, “Corte Constitucional”, “Ativismo Judicial”, “Decisões Jurídico-políticas”, “Judicialização da Política”, “Separação dos Poderes”, “Ação Civil Pública” e “Legitimação pelo procedimento”.

1 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

A pergunta a ser respondida neste trabalho monográfico é acerca da legitimidade e dos efeitos da Ação Civil Pública (ACP) quando utilizada como uma ferramenta de acoplamento estrutural entre política e direito sob as óticas do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, porém antes de tecer sobre o questionamento em si importa-nos primordialmente estabelecer um conceito acerca deste instrumento processual que será utilizado como objeto principal deste trabalho.

Prevista na Constituição Federal, no artigo 129, incisos II e III, a Ação Civil Pública surgiu pela primeira vez com a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Designada como função institucional do Ministério Público a ACP tem por objetivo a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais (abrangendo direitos coletivos, difusos ou homogêneos) que visam garantir que toda a sociedade goze dos bens essenciais para uma boa qualidade de vida. Entenda-se por tutela do interesse metaindividual o dever de reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao direito do consumidor (com a promulgação da Lei nº 8.078/90), aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

O surgimento deste procedimento processual conferiu às questões de maior interesse social, antes relegadas à margem do direito, uma maior cobertura na medida em que

passaram a ser levadas à apreciação do Poder Judiciário resolvendo assim boa parte dos problemas relativos ao acesso à justiça.

A competência para proposição de ACP cabe ao Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou por associação constituída a mais de um ano nos termos da lei civil e que inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Além das supracitadas, a OAB, conforme a Lei 8.906/94, art. 54, inciso XIV, também é competente para propor a ACP.

1.1 QUESTIONAMENTO ACERCA DO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

No tocante ao instrumento exposto, um dos questionamentos que se levanta relaciona-se à missão de definir o que é, de fato, um direito metaindividual, uma vez que este critério é determinante para a sua aplicação. Se inicialmente, quando se tratavam apenas de interesses difusos ou coletivos, a abrangência do objeto tornava intrincada a sua definição, conforme versa Arruda Alvim, tal missão se agrava após a implementação do Código de Defesa do Consumidor que trouxe consigo o foco sobre os interesses ou direitos individuais homogêneos. Vejamos:

A Lei de ação civil pública nasceu no âmbito dos interesses difusos e coletivos, em relação a bens nominalmente indicados; sucessivamente, foram esses generalizados, ainda que o legislador tenha voltado ao critério da indicação nominal. Se era ação destinada a restaurar situações motivadas por ilícitos em relação à responsabilidade civil e para tutelar as obrigações de fazer e de não fazer, inclusive preventivamente, sucessivamente ampliou-se o espectro de sua utilidade à luz do âmbito descrito no artigo 84 do CDC, a ela aplicável. E, se nasceu vocacionada à proteção de interesses difusos e coletivos, com o Código de Defesa do Consumidor, passou a poder atingir as

situações de "interesses ou direito individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum" ¹.

Objetivando conceituar para fins de um melhor entendimento acerca do que venha a ser o direito difuso vejamos em meio a doutrina o que diz Rodolfo de Camargo Mancuso em sua obra acerca dos interesses difusos:

“São interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessárias à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores)” ².

É certo e cediço o entendimento de que, uma vez identificado o interesse público, estarão o Ministério Público e os demais legitimados pela lei aptos para agir, porém em diversas oportunidades existe a dificuldade na caracterização do interesse como público ou não, o que cria a necessidade de precisar tais interesses sob pena de obstaculizar a utilização da Ação Civil Pública. Verifica-se ainda hoje que tais conceitos repousam sobre uma nuvem subjetiva impedindo assim uma definição clara perante o Ordenamento Jurídico, o que justifica a necessidade de um novo ponto de vista acerca deste instrumento.

Frise-se que não é objetivo deste trabalho monográfico definir a conceituação dos direitos metaindividuais ou sequer do interesse público, uma vez que o tema ainda encontra-se em aberto e a gama de definições se estende pela doutrina. Passemos então para as peculiaridades da ACP.

1 ALVIM, Arruda. *Ação Civil Pública – Sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In. MILARÉ, Édis. (Coord). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

2 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 5.ed. São Paulo: RT, 2000. p. 136.

Ao analisarmos a sua proposição, verificamos que é permitido ao postulante legitimado o fazer em nome próprio, mesmo que suscitando direito de outrem. A este fenômeno, no qual o direito de agir é exercido por quem não é titular do direito material ou em face de quem não o resistiu, dá-se o nome de Legitimação Extraordinária. Diante deste fenômeno verifica-se uma incongruência entre a ACP e o Processo Civil tradicional, uma vez que nem sempre coincidem as figuras do titular do interesse e do legitimado ao qual a lei confere o poder de ação. É o caso, por exemplo, da ação do Ministério Público nas questões que envolvem os direitos fundamentais.

1.2 DA EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Tratando-se da ACP, percebemos que a preocupação com a efetividade do processo civil em seu papel de resguardar a harmonia das relações sociais foi um dos motivos para o surgimento da Lei 7.347/85, que veio no intuito de regulamentar este instrumento e consequentemente assegurar os seus resultados. Uma vez que os direitos metaindividuais figuravam como foco de tal instrumento, verificou-se que o pronunciamento de qualquer decisão por menor que fosse, carregava um peso político substancial. Conforme leciona Kazuo Watanabe:

“A solução dos conflitos de dimensão molecular por meio de demandas coletivas, além de facilitar o acesso à justiça, pelo seu barateamento e pela quebra de barreiras sociais, políticas e culturais, evita a banalização decorrente da fragmentação das demandas e confere peso político maior às ações destinadas à solução dos conflitos coletivos”³.

Tal conclusão trouxe consigo a preocupação com os efeitos das decisões geradas visto que estas geravam efeitos erga omnes, conforme esclareceu Mancuso:

3 WATANABE, Kazuo. In. ÉDIS. Milaré (Coord). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 501.

“o art. 16 da Lei 7.347/85 repete a fórmula da coisa julgada secundum eventum litis, já experimentada na lei da ação popular (n. 4.717/65, art.18). (...) Agora, na lei da ação civil pública a redação segue a terminologia mais aceita atualmente e que foi adotada pelo atual Código Processual Civil (o qual não vigia ao tempo da Lei. 4.717/65): a coisa julgada aparece como uma qualidade da sentença e de seus efeitos (“ A sentença civil fará coisa julgada erga omnes...”)⁴.

Posteriormente, a lei 9.494 de 1997, cuja origem se deu na Medida Provisória 1.570/97, trouxe nova roupagem ao artigo 16 da Lei 7.347/85, no intuito de esclarecer que a referida coisa julgada erga omnes do texto original somente operaria nos limites da competência territorial do órgão prolator, mantendo o restante do teor básico do dispositivo. Conforme ensinou o Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada contra a Medida Provisória nº 1.570/97, que posteriormente foi convertida na Lei 9.494/97, que modificou a redação do artigo 16 da Lei de Ações Cíveis Públicas:

“A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário.”⁵

Porém a nova visão implementada pela Lei em questão não encontrou amparo na visão do doutrinador Kazuo Watanabe visto que, no entendimento do mesmo, tal ferramenta resulta em uma divisão de temas indivisíveis por natureza, como é o caso dos interesses transindividuais. Outra crítica de Watanabe diz respeito à natureza erga omnes do julgado que ficaria prejudicada uma vez que poderia haver outro julgado abordando o mesmo tema. Vejamos com maiores detalhes a fundamentação do doutrinador:

4 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p.423

5 STF, Pleno. ADIn 1.576-1, rel. Min. Marco Aurélio. j. 16/04/1997, m.v., DJU 24.04.1997, p.14.914

“No entendimento dos operadores que procuram fragmentar os interesses transindividuais, a coisa julgada seria restrita ao segmento social em nome de quem a ação coletiva é proposta, o que tem dado origem a uma inadmissível contradição de julgados. Contradição, por sinal, prática, e não apenas lógica, o que os sistemas processuais, por meio dos institutos da litispendência e da coisa julgada, e também com o conceito de incindibilidade da relação jurídica ou do bem jurídico tutelando, procuram impedir. Se a lei estabelece a eficácia erga omnes da coisa julgada, como faz o art.103, I, do CDC, não faz nenhum sentido a existência de um outro julgado sobre a mesma demanda coletiva. Na pendência concomitante dessa espécie de demandas haveria litispendência, e após o julgamento de uma delas, com o trânsito em julgado da respectiva sentença, coisa julgada. Em ambas as hipóteses, a segunda ação não tem condições de prosseguir”⁶.

“Vale dizer, se uma ação coletiva é proposta, por exemplo, por um sindicato e é julgada procedente, a coisa julgada beneficiará não somente aos seus filiados, como também todos os demais membros da mesma categoria, ainda que alguns deles não estejam filiados ao sindicato autor”⁷.

Ainda no tocante à limitação em questão, o doutrinador entende que seria completamente inadmissível uma vez que conferiria limites à coisa julgada erga omnes. Se não vejamos:

“Por certo, essa inadmissível fragmentação vem sendo feita pelos entes legitimados, inclusive pelo mais atuante deles, que é o Ministério Público, em razão da alteração do art.16 da Lei 7.347/1985, pela qual a eficácia erga omnes da coisa julgada passou a ter a ressalva: “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. No entanto, é necessário ter presente que é inconstitucional essa alteração, porque fere o sistema de acesso à justiça por meio de ação coletiva, assegurado pela nova Constituição, e porque introduzida por meio de medida provisória sem que estivessem presentes os requisitos constitucionais para a sua edição. Ademais, são manifestas: 1) a ineficácia da alteração, uma vez que o legislador manteve inalterados todos os incisos do art. 103 do CDC; 2) a sua inoperância, porque foi mantido o art.93 do CDC, que estabelece a competência segundo a natureza e a extensão do dano; 3) a confusão em que incidiu o legislador, não soube estabelecer correta distinção entre competência e limites subjetivos da coisa julgada; 4) a absoluta incompatibilidade do refime da coisa julgada “limitada à competência territorial do órgão prolator” com a natureza dos interesses e direitos difusos e coletivos stricto sensu, que são por definição legal indivisíveis e a indivisibilidade do bem jurídico tutelando torna inadmissível a fragmentação da tutela jurisdicional. A respeito dessa relevante questão, merecem ser conferidos os sólidos e consistentes argumentos desenvolvidos por vários juristas, em especial por Ada Pellegrini Grinover (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do

6 WATANABE, Kazuo. In. ÉDIS. Milare (Coord). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 503.

7 WATANABE, op.cit., p.505.

anteprojeto, 9 ed., Forense Universitária, p. 919-944) e por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil comentado, 8.ed., São Paulo: Ed. RT, notas ns. 11-16 ao art.16 da Lei 7.347/1985)”.⁸

O fato das decisões prolatadas na Ação Civil Pública gerarem efeitos erga omnes aliado ao fato de que a defesa aos interesses metaindividuais através deste mesmo instrumento se ergue de modo a criar um contrapeso à negligencia das políticas públicas do Estado faz nascer o questionamento acerca da importância dos direitos metaindividuais em face ao interesse público ou vice versa. Andreas Krell relata em sua obra que:

“Uma das maiores dificuldades parece estar justamente na medição correta da importância e na “ponderação” adequada dos diferentes direitos e interesses envolvidos, que, muitas vezes, não são congruentes. Assim, deve-se distinguir entre os interesses individuais, os coletivos/difusos e os interesses gerais ou públicos, sendo que “apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses(...)”.

O Autor defende ainda que, diante do atual contexto de Judicialização da Política, o ordenamento destacou a Ação Civil Pública como instrumento para a execução de tais ponderações de modo a tornar efetivas as implementações dos direitos de segunda e terceira dimensão. O próprio fato de existirem casos em que o interesse público real visado pelo Estado vai de encontro com outro interesse metaindividual expresso pela sociedade aponta os sinais das falhas sistêmicas do Estado Democrático de Direito que o Judiciário busca corrigir. Andreas Krell leciona que:

“O simples fato de que o sistema brasileiro distingue entre interesses públicos comuns (v.g.: alto nível de emprego, garantia das receitas públicas) e interesses difusos (v.g.: defesa do meio ambiente, dos consumidores, das crianças e adolescentes), que muitas vezes entram em colisão entre si, mostra que existe aqui certa desconfiança do próprio sistema contra a retidão e

8 WATANABE, Kazuo. In. ÉDIS. Milare (Coord). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.507.

eficiência dos órgãos administrativos na prestação dos serviços públicos, cuja qualidade pode ser questionada em juízo”.⁹

O fato de tais questionamentos acerca dos efeitos das decisões prolatadas nas ações civis públicas se estenderem na doutrina somado ao fato da problemática surgir em razão de preocupações acerca das consequências de um judiciário que, ao julgar uma ação civil pública, legisla com efeitos erga omnes e se imiscui em área de competência do Poder Legislativo, faz necessária uma contextualização para acerca do movimento chamado “Ativismo Judicial”.

Façamos, portanto um retrospecto histórico acerca deste movimento.

⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionabilidade Administrativa e Proteção Ambiental: O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. Pg.76

2 DO ATIVISMO JUDICIAL:

2.1 AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL:

A sociedade em que vivemos ao final do século passado foi marcada por um movimento de clara expansão do poder judiciário. Tal fenômeno deu início a uma nova fase de evolução do Estado que não pode ser entendida sem uma retrospectiva que abarque as duas primeiras fases que a antecederam.

Foi em um contexto pós Segunda Guerra, no qual os territórios dos Países assolados pelas batalhas travadas necessitavam da prevalência de um Executivo forte, bem estabelecido e capaz de reconstruir o Estado que a primeira onda se iniciou. Após a reconstrução dos Estados, os quais estavam em franca evolução e demandando o atendimento das necessidades da emergente sociedade civil, que a este ponto já estava convertida ao ideal da democracia política, que surgiu então a segunda fase democrática. Tal fase apresentou-se através da supremacia do legislativo, cuja representatividade social era a arma mais eficaz para instrumentalizar e constituir uma agenda social que abarcasse os anseios e os direitos fundamentais da nação. Em face do amadurecimento do Estado, agora estabelecido e instrumentalizado através de normas e leis, surgiu então, ao final do século passado, uma inclinação às questões substantivas contidas no chamado Terceiro Poder, ou Judiciário ¹⁰.

No que diz respeito às causas geradoras desta inclinação, a literatura aponta um vasto leque de explicações, entre elas, o amadurecimento da consciência política e social, a evolução da jurisprudência constitucional, o neoliberalismo, os direitos humanos, entre outros. Interessa-nos dizer então que esta nova arquitetura institucional viabilizou o

¹⁰ Para uma melhor compreensão das fases ou instancias ver VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário: “positivação” do direito natural e política*. In: Estudos Históricos, vol. 9, nº 18, 1996, p. 263.

desenvolvimento de um ambiente propício à ampliação da participação político-jurídica da comunidade por meio do Judiciário, tanto no que tange a concretização de direitos e regulamentação de processos decisórios, quanto no tocante à elaboração de interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional. Neste ponto da história já nos permitimos falar até no nascimento de um “direito judicial”. Neste contexto começaram a surgir, na maioria dos Estados ocidentais, os Tribunais Constitucionais como resposta às necessidades crescentes de controlar seus poderes outrora estabelecidos ¹¹.

Com efeito, surgiu pela primeira vez em 1995, a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder, a expressão “Judicialização da Política” e “Politização da Justiça” indicando os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.¹² Na definição de Tate e Vallinder:

“judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição” ¹³.

A Judicialização, em relação ao tratamento de questões políticas, se manifesta de diversas maneiras, seja como centro de controle de condutas éticas na esfera política, seja como arena de discussão quanto às implementações de políticas públicas, ou ainda através das emendas constitucionais ou do controle de constitucionalidade¹⁴ das leis que regulam as atividades legislativas¹⁵.

11 Para uma visão da implantação dos principais tribunais no Ocidente ver MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

12 O projeto se chamava “A expansão global do poder judiciário” (tradução nossa). Para maiores detalhes ver *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Neal Tate e Torbjorn Vallinder (1995).

13 TATE, Neal. VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: Universidade de Nova Iorque. 1995. p. 28.

14 Controle de constitucionalidade concentrado, realizado por juízes de uma corte (STF) sem excluir a atuação das demais cortes na análise da constitucionalidade das normas em cada caso.

15 No Brasil importantes trabalhos (Castro, Marcos Faro. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 34 (1997): 147-156) e - (W.Vianna, Luiz / Carvalho, Maria Alice R. / Melo, Manuel P. C. / Burgos, Marcelo B. A

Observa-se que a instituição Judiciário diante da emergência da judicialização da política no Brasil (principalmente após a CF88¹⁶, a qual garante o acesso ao Judiciário no caso de ameaça ou lesão de direito) movida pelo aumento da fiscalização constitucional e por meio de instrumentos que atendessem à força normativa dos textos constitucionais se viu diante de locus institucional onde a manifestação de um “ativismo judicial” acerca dos direitos fundamentais não prestados e políticas públicas inertes tornou-se imprescindível.

Vejamos para tanto o trecho escrito por Luiz Lênio Streck acerca do tema:

“Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. [...] É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento de pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstancia implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo”.¹⁷

“Também penso que meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria). Mas, quando esses “fins e meios” se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais (sempre sustentadas por princípios) como a proibição de excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídicos, é tarefa da jurisdição constitucional efetuar uma atividade corretiva, para preservar a

Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.) ressaltam a funcionalidade do controle de constitucionalidade concentrado no sentido de permitir a contestação de políticas aplicadas mediante leis ou atos normativos.

16 Assim define Werneck Vianna: “Tem-se, assim, uma judicialização da política cuja origem está na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário”. Werneck et al. (1999: 43). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “...um fenômeno que é mundial, agravado entre nós pela Carta de 1988 – a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça”. Ferreira Filho (1994: 3).

17 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. Pg.135.

força normativa da Constituição (que aliás, aponta, em seu texto, os parâmetros para o exercício do contramajoritarismo)”.¹⁸

2.2 A SEMÂNTICA DO ATIVISMO JUDICIAL.

O significado semântico de “Ativismo” conforme o dicionário Michaelis¹⁹ consiste na intensificação de uma atuação consequente da vontade, na formação da cultura e da sociedade. Significa que toda criação espiritual, bem como a arte e a teoria científica devem servir à atividade dirigida a uma meta. Em outra definição²⁰ “ativismo” é a atitude moral que insiste mais nas necessidades da vida que nos princípios teóricos. É o comportamento ativo a serviço de uma doutrina ou ideologia. Ou seja, no caso do verso em tela, há a intensificação da ação jurisdicional na formação cultural e social. No caso a meta do ativismo por parte do judiciário é de intervir sempre que houver incoerências no sistema jurídico de modo fazer cumprir as promessas positivadas. Conforme diz Luiz Werneck Vianna:

“De um ponto de vista doutrinário, o pragmatismo jurídico, com sua opção pelas consequências e seu peculiar ceticismo quanto ao direito como um sistema coerente e integrado, radicaliza a intervenção das ciências sociais entre os operadores do direito, ensejando um ativismo judicial militante e a dramatização das relações entre os Três Poderes. Essas tendências – com as teorias que lhes dão sustentação –, que encaminham, de modo geral, em favor de uma maior autonomia do direito, de suas instituições e procedimentos quanto ao poder político, têm sido vistas, e com razão, como

18 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. Pg.127.

19 MICHAELIS, Dicionário. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ativismo>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

20 PRIBERAM, Dicionário de língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=ativismo>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

problemáticas em face das concepções republicanas de soberania popular centradas na regra da maioria”.²¹

A razão pela qual este ativismo atualmente é exercido pelo Judiciário e não pelos outros Poderes se justifica pelo que L.W. Vianna diz “Trata-se, pois, de um Poder cuja função é concretizar o controle do poder delegado, garantindo, em ultima instancia, a supremacia do povo soberano sobre os poderes que são exercidos em seu nome, dado que o povo somente pode exercer controle sobre seus representantes por meio de uma outra representação”.²² A distinção do Judiciário em face ao Executivo e Legislativo é ressaltada por L.W.Vianna no trecho que se segue:

“Nessa interpretação, a tendência contemporânea de buscar aquisição de direitos no Judiciário, contornando as instituições da democracia representativa, tem sido entendida como uma patologia característica de sociedades democráticas – vistas, tal como em Toqueville, como aquelas que “sediam a igualdade de condições em seu coração” –, que estariam conhecendo um movimento de migração do lugar simbólico da democracia para o da justiça. A perda de substancia da democracia representativa indicaria o malaise da atual vida republicana, diagnosticando-se o “sucesso da justiça [como] inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público”²³.

A semântica do Ativismo Judicial, para L. W. Vianna, explica-se também através da ampliação da percepção dos papéis do Judiciário pela sociedade política conforme versa a seguir:

Não se trata, pois, de uma “migração” do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas de soberania quanto pela “cidadania social”²⁴.

21 VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG. p.340.

22 VIANNA, op.cit., p.367.

23 VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG. p. 368.

24 VIANNA, op.cit., p.371.

“As instancias não eleitas de regulação têm encontrado seu indicador mais visível na emergência contemporânea do Judiciário pelo duplo caminho do controle constitucional das leis e da revolução processual que democratizou o acesso à Justiça, especialmente em matéria de direitos difusos e coletivos. Essa emergência, que se reveste de caráter universal, tem feito do direito e dos seus procedimentos uma linguagem cada vez mais comum, servindo de médium para a tradução de questões pertinentes à sociabilidade em pontos da agenda pública.”²⁵.

2.3 O PAPEL DO ATIVISMO JUDICIAL.

O papel ativista exige ao juiz, além de fazer cumprir a lei formalmente, uma atuação no sentido de interpretar princípios constitucionais abstratos reivindicando para si a competência institucional para fixar conceitos acerca das abstrações, precisando-os e concretizando-os acima das interpretações dos outros poderes. Neste sentido leciona Dworkin²⁶:

"O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim, por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso”²⁷.

Lênio L. Streck, com um foco mais atrelado à realidade brasileira, entende que o Ativismo Judicial ocorre “quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil este ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo”

25 VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG. p.372.

26 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

27 Ibidem.

²⁸. Conforme versa o autor, no Brasil este ativismo baseia-se em princípios muitas vezes até elaborados pelos próprios intérpretes da lei.

Com ressalvas ao entendimento de alguns doutrinadores²⁹ de que o ativismo judicial, desde que sofra algumas limitações, pode ser implementado principalmente quando se trata da aplicação de direitos fundamentais³⁰, Dworkin adverte para os perigos de uma Jurisdição Constitucional que permitiria ao juiz ignorar o texto da Constituição e “... impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”³¹, o que seria condenável do ponto de vista do direito como integridade. O doutrinador leciona ainda acerca da Auto-restrição (postura contrária ao Ativismo Judicial) dizendo que o Judiciário deveria manter as decisões dos outros poderes ainda que estas ofendessem sua própria percepção acerca dos princípios, excetuando apenas os casos em que as ofensas fossem tão grandes que não suportassem qualquer tipo de interpretação razoável³².

O tratamento destas questões, que englobam estruturas de julgamentos cujo núcleo insere-se no âmbito da aplicação dos valores e direitos constitucionais, como se faz em instrumentos processuais como a Ação Civil Pública, faz nascer a discussão acerca desta movimentação legislativa provocada. Vejamos a seguir que esta discussão se polariza entre aqueles que defendem uma concretização dos valores constitucionais (substancialistas) e

28 OAB, Revista da. **Agosto/Setembro de 2009 • Ano IV - Nº 20 • Uberlândia-MG pg.15. Disponível em** <http://www.quipus.com.br/Revista_OAB20.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2012.

29 Como é o caso do Ministro do STF Gilmar Mendes: "Muitas vezes temos a tendência de criticar a atividade política e dizer que ela é muito lenta. É muito lenta porque é complexa. É difícil produzir o consenso. Mas quando perde um critério de razoabilidade, muito provavelmente vamos ser demandados e o Tribunal poderá se pronunciar". (Revista Consultor Jurídico, 24/04/2008). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr-24/gilmar_rebate_criticas_ativismo_?pagina=6>. Acesso em: 03 mai. 2012.

30 DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo Civil, Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 322.

31 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.451 e p.452.

32 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 215.

aqueles que defendem uma construção democrática dos direitos fundamentais (procedimentalistas).

2.4 ATIVISMO JUDICIAL: A PERSPECTIVA DAS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA.

Quando a busca de uma construção democrática dos direitos fundamentais tange a possibilidade de utilização de ferramentas constitucionais como a Ação Civil Pública, intervindo, por exemplo, na esfera das políticas públicas, os partidários procedimentalistas entendem ser necessário tolher do Judiciário a possibilidade de análise de mérito da mesma por se tratar de questão de cunho essencialmente político. Esta corrente propugna por uma atuação jurisdicional contida e que se atenha às normas processuais, sem se revestir de uma dimensão que extrapole sua função constitucional e adentre as searas do Executivo e Legislativo. Tal atuação não abarca julgamentos de conceitos abertos, tais como liberdade, igualdade ou justiça, zelando assim pela melhor consecução dos procedimentos democráticos³³. Vale ressaltar, porém, que tal posicionamento traz consigo o risco de anulação da substancia da Lei Maior abrindo brechas para um relativismo dos conteúdos normativos, o que poderia causar graves prejuízos inclusive aos direitos fundamentais.

São expoentes desse grupo de doutrinadores os autores John Hart Ely e Jurgen Habermas, criador da expressão "Governo dos Juízes", a qual objetiva tecer críticas ao Ativismo Judicial a partir de um critério lógico argumentativo de delimitações de tarefas

33 OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 40.

da justiça e da legislação³⁴. Nas teorias de Ely e Habermas a não concorrência dos poderes pode ser evitada pelo procedimentalismo posto que a função de um Tribunal Constitucional seja de proteger os sistemas do direito possibilitando a autonomia privada e pública dos cidadãos. Conforme versa Habermas:

Para manter o Estado democrático de direito, a CF não pode ser entendida somente como uma ordem substantiva que regula Estado e cidadão nem como uma ordem jurídica global destinada a impor uma determinada forma de vida à sociedade. A função da constituição “é determinar procedimentos políticos segundo os quais, os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa mais corretas por serem equitativas)”.³⁵

Em contraparte à postura procedimentalista surgem as teorias substancialistas cujos representantes, como Dworkin, Capelletti e Luiz Werneck Vianna, entendem que a Lei Maior ou Constituição deve ser compreendida no bojo da materialidade que lhe é peculiar, ou seja, ao Judiciário cabe a legitimidade de deliberar acerca dos direitos fundamentais tutelados, determinando-se a observância destes. Quanto à possível interferência na atribuição dos outros Poderes, como por exemplo, através da Ação Civil Pública, estaria essa legitimada com fundamento na própria Lei Maior. Assim vale assinalar que os processos democráticos não são desmerecidos, mas sim considerados vinculados pela substância da própria Constituição³⁶.

Entendem os substancialistas que a Constituição, enquanto sistema composto de normas (as quais compreendem princípios, regras e procedimentos), impõe que seu fundamento axiológico-teleológico se revista de mecanismos que possibilitem executar na prática os valores materiais nela expostos. A possibilidade de concretizar direitos sob o ponto

34 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.1.Trad. SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003. p.327 e p.324.

35 HABERMAS, op.cit., p.326.

36 OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 40.

de vista de Dworkin, mesmo diante das suas críticas ao ativismo judicial quando este reflete acerca dos limites do juiz³⁷, justifica-se sob o foco da análise holística das instituições a qual entende ser viável a discricionariedade do Juiz desde que esta não seja ‘forte’.

Sob o foco de Werneck Vianna o Judiciário convoca para si o estatuto de uma filosofia em ato, quer como ator coletivo ou por meio da ação heroica e compadecida do “Juiz Hércules”, conforme a metáfora de Dworkin³⁸, que se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação. Os intelectuais do Judiciário seriam a consciência dessa revolução silenciosa de uma sociedade política que está para nascer³⁹. O ativismo do judiciário funcionaria então no intuito de atender as promessas constitucionais e não no intuito de tomar para si o ato legislativo.

2.5 ATIVISMO JUDICIAL: A MISSÃO DE REALIZAR AS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS.

Em virtude do caráter vago das normas jurídicas, principalmente quando se referem às promessas constitucionais de interesses difusos e coletivos, a interpretação da lei obriga os juízes a adotarem medidas de criação do direito. Conforme teoriza Mauro Cappelletti⁴⁰ tal atividade não se confunde com as atividades legislativa ou executiva, pois assume uma postura passiva condicionada à provocação como, por exemplo, a Ação Civil

37 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-51.

38 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 377- 492.

39 Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2033>>. Acesso em: 17 jan. 2011.

40 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de.. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 76.

Publica. Sob o ponto de vista do autor em sua obra *Juízes Legisladores*⁴¹, o ativismo judicial torna-se necessário à missão de realizar as promessas constitucionais na medida em que possibilita ao juiz participar da atividade criadora do direito, aproveitando o ensejo que a própria interpretação da lei traz consigo.

A respeito de tal interpretação cabe lembrarmos o que ensinou Kelsen no capítulo VIII de seu livro “Teoria pura do direito” o qual legitima a discricionariedade do juiz trazendo à luz a interpretação construtiva do direito. Para o autor “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.⁴² Uma vez que a norma do escalão superior não vincula o ato pelo do qual é aplicada verifica-se a necessidade de haver uma margem de apreciação de modo que a norma do escalão superior tem o caráter de moldura a ser preenchida pela interpretação do órgão aplicador. Vejamos o que fala o oitavo capítulo de Kelsen:

“Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto - à sentença judicial, por exemplo”.⁴³

“A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção.”⁴⁴

41 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de.. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 74.

42 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 245.

43 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p.248

44 KELSEN, op. cit., p. 249 e p.250.

Kelsen ressalta que a interpretação construtiva do direito por vezes cria direitos novos, especialmente nos tribunais de ultima instancia⁴⁵ e conclui dizendo que “o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente”.⁴⁶

Diante da preocupação com a estática jurídica Kelsen fundamenta sua interpretação dizendo que os processos da teoria jurídica estática, que tem como objeto o Direito em seu momento estático como um sistema de normas, e da teoria jurídica dinâmica, que tem como objeto o processo jurídico no qual é produzido e aplicado o Direito em seu movimento, são produzidos, aplicados e regulados pelo próprio Direito. Tal atividade, portanto, legitima a interpretação construtiva por parte do juiz.

Dworkin⁴⁷ discorda de Kelsen dizendo, porém que tal atividade, uma vez praticada sem o sufrágio dos cidadãos, torna-se ilegítima e uma vez que não há como se defender uma ação legiferante para os casos não abarcados pela legislação esta só se tornaria válida levando-se a efeito a discrição judicial fraca que se aplicaria somente aos casos que demandassem um raciocínio jurídico complexo⁴⁸.

Em relação ao grau de discrição judicial levantado por Dworkin cabe trazer sua interlocução com Herbert Lionel Adolphus Hart⁴⁹ uma vez que este ponto é central tanto no foco positivista do primeiro quanto no foco construtivista de direitos do segundo.

45 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 250.

46 Ibidem, p. 251.

47 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 50 – 53.

48 Ibidem.

49 IKAWA, Daniela. *Hart, Dworkin e Discrecionariedade*. São Paulo: Lua Nova, 2004. p. 105.

2.6 O ATIVISMO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

No tocante à relação do judiciário quando esta tange as políticas públicas, principalmente no âmbito dos julgamentos de ações civis públicas, Habermas em seu discurso sobre a democracia e o direito entende que o fato das atividades do judiciário e do legislativo se vincularem às leis não coloca ambas as instituições em pé de igualdade em suas atividades fim. As leis que embasam a atividade do tribunal constitucional são dadas preliminarmente para que este aplique o direito e não para que este interprete o sistema ao ponto em que constrói suas políticas⁵⁰.

A respeito das críticas de Habermas ao ativismo nas Políticas Públicas Lênio Luiz Streck concorda inicialmente com a afirmação de que o procedimentalismo assume uma proporção fundamental nas democracias maduras (onde não existem problemas de direitos fundamentais ou de exclusão social). Posteriormente entretanto Lênio Luiz Streck discorda e se afasta das críticas de Habermas dizendo que as suas ideias não encontram aplicação prática nas sociedades nas quais a democracia encontra-se em desenvolvimento. Conforme versa em sua obra:

“Esta é a diferença entre uma teoria que se sustenta no mundo prático, no modo-de-ser no mundo, e que tem na consciência da história efetual (*Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*) o seu requisito para a aferição dos pré-juízos verdadeiros (autênticos, corretos); e uma teoria que substitui a razão prática pela razão comunicativa e que se sustenta em discursos de fundamentação elaborados *prima facie*, que desoneram o juiz (Judiciário) da tarefa de elaboração do discurso que fundamenta a validade da norma a ser aplicada”.⁵¹

50 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.1.Trad. SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003. p.327 e p.324.

51 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 153.

Para Lênio Luiz Streck um país como o Brasil, carente de uma democracia madura, não se encaixaria nas teorias habermasianas descritas. Em consonância com a interpretação construtiva do direito de Kelsen, entende Lênio Luiz Streck que:

“A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de constitucionalismo social e compromissório é, assim, a manifestação desse (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a porta de entrada dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a “retomada” da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina de co-originariedade)”.⁵²

A visão de Streck fica mais clara especificamente no que tange à subsunção da prática brasileira no tocante às políticas públicas à doutrina habermasiana quando este diz:

“Por isso, a minha insistência no sentido de que a teoria habermasiana não se destina a países como o Brasil, em que as condições para a formulação dos requisitos que levarão à emancipação dos sujeitos sociais são absolutamente precárias”⁵³.

Em suma interferência nas políticas públicas por parte do judiciário, especialmente através do julgamento de Ações Civis Públicas, que é o foco deste trabalho, auxilia a construção de uma democracia madura que, ao mesmo tempo, elimina as desigualdades e garante o desenvolvimento. Senão vejamos um caso prático:

“Na mesma linha, a decisão do Juiz de Direito Urbano Ruiz na cidade de Rio Claro, onde o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criar vagas na rede pública municipal de escolas, para que, no ano letivo de 98, nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas. Não houve contestação por parte da prefeitura. Claro que sempre está em jogo, em decisões desse jaez, o problema dos limites entre a política e o

52 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009., p.156.

53 Ibidem, p. 120.

direito, enfim, a discussão acerca da compatibilidade entre a democracia e o constitucionalismo”.⁵⁴

“Ora, em sede de realização de direitos, da concretização de direitos fundamentais, sempre se estará em face desse dilema. E o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos; o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos, circunstancia que assume foros de dramaticidade no caso dos direitos de segunda e terceira dimensões. Talvez em terras brasileiras o problema esteja no “excesso de faticidade”! [...] Observe-se que, mesmo que Habermas diga, em seu Pensamento Pós-Metafísico, que, embora a razão comunicativa seja uma tábua insegura e vacilante, e que esta não se afunda no mar das contingências, ainda quando tal estremecimento em alto-mar seja o único modo de dominar as contingências é preciso ter claro que o mundo prático – o excesso de facticidade em um país como o Brasil – produz tantas contingências que, sem dúvida, vão além desse estremecimento”.⁵⁵

O autor prossegue em sua linha de raciocínio chegando a conclusão de fins e meios conforme versa:

“Afim, para Habermas, não cabe ao Judiciário examinar os fins e meios da legislação; ao Judiciário – e, por via de consequência óbvia, à justiça constitucional – cabe tão-somente verificar se uma medida tem caráter discriminatório. Trata-se de uma posição que, por ser procedimentalista, coloca sérios obstáculos à discussão dos direitos fundamentais constantes na Constituição”.⁵⁶

“Parece evidente que, como consequência disto, o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, o nível das demandas inexoravelmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição”.⁵⁷

“O problema é que o Judiciário sempre se encontra diante de um dilema: se assume postura intervencionista, imiscuindo-se até mesmo no controle de políticas públicas ou de instalação de CPI's, é acusado de ativista (quando não, de utilizar a jurisprudência dos valores); se assume uma postura *self restraining* (veja-se o caso do mandado de injunção e a discussão sobre a

54 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 124 e p.125.

55 STRECK, op. cit., p. 125 e p. 126.

56 Ibidem, p. 126.

57 Ibidem, p.136.

cassação das liminares durante a “grande privatização” ocorrida no governo Fernando Henrique), é criticado pela sua timidez ou conservadorismo”.⁵⁸

Verifique-se que neste ponto o dilema em que se encontra o Judiciário, conforme suscita o autor a instituição encontra as críticas tecidas acerca da sua postura. O autor prossegue portanto trazendo à sua tese a realidade do nosso país frente à teoria combatida.

“De qualquer sorte, as críticas procedimentalistas não captam a circunstancia de que o estado da arte da esfera pública no Brasil depende – porque o país é, efetivamente, um país de modernidade tardia – da implementação de direitos substantivos, previstos, aliás, na Constituição (dirigente e compromissória) do Brasil. O problema estará, assim, no papel que se atribui à Constituição”.⁵⁹

“Esse é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D’onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado. O Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática”.⁶⁰

“Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial. Ambas as teorias⁶¹ apostam na vontade do intérprete para resolver o problema gerando a discricionariedade judicial”.⁶²

Em face dos pensamentos colados acima, autores como Castanheira Neves⁶³ suscitam a reconstrução da filosofia prática do direito com o intuito de superar o enforcamento teórico operado pelo positivismo para que o direito seja recolocado em seu

58 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009., p. 140.

59 Ibidem, p. 141.

60 Ibidem, p. 143.

61 Para melhor entendimento ver STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pgs. 429/435.

62 Ibidem, p. 433

63 STRECK, Op.cit., p. 433 e p. 434.

lugar concreto. Uma possível ação pode ser iniciada aplicando uma nova ótica sobre o direito à luz do acoplamento estrutural de Luhmann. Falaremos, portanto sobre a tese de Luhmann após tecermos alguns apontamentos acerca do embate de Dworkin e Hart⁶⁴ sobre o tema da discricção judicial, o qual não pode ser ignorado nesta monografia.

2.7 DISCRIÇÃO JUDICIAL: O EMBATE DE DWORKIN X HART.

A interlocução entre Hart e Dworkin aborda questões fundamentais ao trabalho como, por exemplo, a regra normativa ou social de reconhecimento, a concepção de completude ou incompletude da lei e o grau de distinção entre princípios e regras. A questão que se debate é: como poderia o juiz agir diante a uma lacuna legal (*Hard case*⁶⁵)? Dworkin entende que Hart faz uma confusão com os conceitos de discricionariiedade em sentido fraco e discricionariiedade em sentido forte, pois enxerga naquela a possibilidade de o juiz estabelecer uma regra legal para os chamados *hard cases*⁶⁶.

O intuito inicial de Dworkin é traçar uma teoria normativa que, além de identificar a lei, justifique-a utilizando-se da moral para esse fim. Verifica-se que o autor se preocupa em afastar do juiz a possibilidade de edição de leis novas que venham desconsiderar algum direito individual já existente. Por outro lado Hart⁶⁷ busca delinear uma teoria que descreva a lei fundamentando-se no clamor social e na segurança jurídica. Esta teoria busca identificar os critérios que revelam quais regras ou princípios serão leis de tal modo a tornar irrelevante o

64 IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e Discricionariiedade. São Paulo: Lua Nova, 2004. p. 105.

65 IKAWA, Op.cit.

66 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

67 IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e Discricionariiedade. São Paulo: Lua Nova, 2004. p. 105.

processo de justificação. O autor entende que em caso de lacuna legal não há desconsideração de direitos uma vez que eles simplesmente não existem.

O processo de identificação da lei de Dworkin⁶⁸ abarca os princípios da moral de modo a impedir a existência de lacunas no ordenamento jurídico e consequentemente a prática da discricionariedade judicial em sentido forte por parte do juiz. Tal processo tornaria a conceituação da lei de seu interlocutor insuficiente para identificar as complexidades do ordenamento jurídico. Hart contrapõe tal afirmação identificando sua doutrina em um ponto médio entre um conceito onde não existam regras em absoluto e um conceito de abrangência geral da lei como o de Dworkin⁶⁹.

A discussão prossegue na questão da análise da regra social de reconhecimento. Dworkin propõe um sistema com apenas uma fase interpretativa que não permite a discricionariedade em sentido forte ao juiz, chamado monofásico, enquanto Hart propõe um sistema composto por duas fases, ou bifásico, onde em uma primeira fase ocorre a interpretação da lei e em uma segunda fase ocorre o momento de discricionariedade em sentido forte por parte do juiz. Ressalte-se que a segunda fase de Hart⁷⁰ ocorreria apenas em caso de esgotamento da regra social de reconhecimento e consequentemente da lei.

A crítica da teoria bifásica segundo Dworkin⁷¹ se dá no momento em que se verifica a existência de casos onde, mesmo diante da ausência de uma regra legal, subsiste um dever social. Alia-se à crítica de Dworkin o fato do seu interlocutor considerar apenas a moral convencional (determinada pelo consenso) ignorando a moral concorrente, sendo que a regra

68 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.32.

69 Ibidem.

70 IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e Discricionariedade. São Paulo: Lua Nova, 2004. p. 105.

71 Ibidem.

social de reconhecimento identifica apenas a validade e a aceitação como fontes das leis. Desta feita entende Dworkin que a regra social de reconhecimento de Hart termina por englobar uma gama maior de incertezas e lacunas, o que conseqüentemente geraria uma fase indevida de discricção judicial em sentido trazendo consigo insegurança jurídica ao ordenamento.

Hart, porém ressalta que a sua regra social não busca respostas certas e determinadas acusando seu interlocutor de ter um exacerbado grau de certezas⁷². Argumenta ainda que não há como existir um dever que não se pautem em regras nas quais há um mínimo consenso.

Diferentemente dos positivistas a teoria de Dworkin, por enxergar a lei além da norma positivada, traça uma justificação que une de maneira coerente a moral, os princípios e os dispositivos presentes em uma sociedade de modo a formar uma teia que dispense a utilização da regra de reconhecimento e, portanto, a discricção judicial em sentido forte. Seu argumento para a não aceitação da discricção em sentido forte assemelha-se ao utilizado para afastar a própria regra de reconhecimento de Hart dizendo que os critérios apresentados são incapazes de identificar os princípios apropriados para utilizar em casos concretos.⁷³

Hart defende seu ponto de vista dizendo que sua regra social de reconhecimento é mais do que um mero teste de pedigree, pois considera, além das questões formais, os valores morais e os princípios de justiça do direito. De fato Dworkin⁷⁴ reconhece que a regra de Hart

72 IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e Discricionarietà. São Paulo: Lua Nova, 2004. p. 251.

73 IKAWA, Op.cit., p. 258.

74 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Boeira. Nelson de. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.52-57.

identifica uma espécie de moral⁷⁵ convencional, o que não supera as diferenças centrais das teorias uma vez que Dworkin inclui a moral não convencional em sua teoria.

Diante dos fatos prevalece a afirmação de Dworkin sobre a insuficiência da regra social dizendo que a mesma, no modelo delineado por Hart, não pode trazer a completude das garantias que seriam reservadas às partes caso houvesse uma análise holística do sistema.

Dworkin prossegue argumentando que se torna impossível aplicar tal regra de reconhecimento aos princípios uma vez que por um lado, estes têm por natureza caracteres abstratos, e por outro lado a teoria traz consigo a ideia da validade. Ou seja, enquanto a regra social de reconhecimento de Hart perfaz uma ideia absoluta de tudo-ou-nada, os princípios, por outro lado, portam consigo um peso de abstrações incoerentes com a primeira ideia. Dworkin entende que só existe a possibilidade de aplicação da teoria de Hart se a natureza abstrata dos princípios e regras fosse alterada.

Em suma, diante dos fatos e argumentos expostos, verifica-se que o sistema de interpretação monofásico de Dworkin supera o sistema de interpretação bifásico de Hart, pois possibilita que o juiz escolha entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”⁷⁶, conferindo ao juiz o dever jurídico de análise tanto da lei quanto da moral, dos princípios e das regras. Tal possibilidade abarcaria inclusive os *hard cases* impedindo a possibilidade de discricionariedades em sentido forte, evitando assim a realização de injustiças, porém sem congelar a atividade discricionária do juiz como um todo, uma vez que essa atua em sentido fraco.

75 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Boeira. Nelson de. São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 58.

76 DWORKIN, Op.cit., p.69 e 329.

Ainda diante das lacunas apresentadas pela legislação quando se referem às promessas constitucionais que suscitam o conflito entre legalidade e justiça enfrentados atualmente no que tange ao ativismo judicial, uma possível solução para o embate poderia se dar ao modificarmos a lente pela qual enxergamos o confronto. Um novo ponto de vista pode se dar de acordo com a Teoria do Acoplamento Estrutural levantada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann⁷⁷.

Lembrando que uma vez provocado pela Ação Civil Pública o judiciário toma para si a competência para assumir as rédeas das políticas públicas e, sabendo que tal atividade interfere diretamente na competência do Poder Legislativo (a verdadeira esfera legitimada através do sufrágio popular e destinada a elaborar tais políticas), o questionamento que se segue então é acerca de como fazer valer a justiça e as promessas constitucionais utilizando-se de ferramentas constitucionais como a ACP sem ferir o artigo 2º da Constituição uma vez que este texto nos garante a independência e harmonia entre os Poderes da União.

⁷⁷ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut/ICBA, 1997. p.85

3 TEORIA DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DE LUHMANN.

Empostado como um dos mais influentes sociólogos da Alemanha, Niklas Luhmann⁷⁸ nascido em 1927 na cidade de Lüneburg não apenas procurou teorizar acerca da sociedade, como também, buscou, através de sua teoria, reduzir as complexidades sociais. Hoje, é considerado, juntamente com Jürgen Habermas, um dos mais importantes representantes da Sociologia alemã.

Luhmann iniciou sua carreira na administração pública, onde permaneceu até 1962, tendo, após se dedicado à pesquisa social na Universidade de Münster. Falecido no dia 6 de novembro de 1998, deixou uma obra numerosa, tendo entre elas a “Sociologia do Direito” I e II e “Legitimação pelo procedimento” das quais falaremos a seguir.

3.1 LUHMANN: CONCEITO DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL.

O Acoplamento Estrutural⁷⁹ se define pela relação de dois sistemas com estruturas determinadas e autorregulavas (auto-poiéticas) que precisam da existência de outros sistemas para seu funcionamento. Um exemplo desse acoplamento dá-se pela relação entre os sistemas sociais e sistemas psíquicos. A comunicação ocorrida no sistema social não seria possível sem a presença dos sistemas psíquicos.

A relação sistema meio caracterizada por um acoplamento estrutural significa que sistemas auto-poiéticos não podem ser determinados através de acontecimentos do meio, esses acontecimentos somente podem estimular operações internas próprias do sistema, cujo

78 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 1.

79 NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut/ICBA, 1997. p.85

resultado, na maneira como ele se mostra para o meio, não é previsível, mas contingente. As pessoas não fazem parte da sociedade. Elas situam-se no entorno, mas apesar disso, as suas consciências são de extrema relevância para o estabelecimento da comunicação, pois sem aquela não existe essa. Portanto o acoplamento estrutural serve de ponte entre as duas, acoplando os sistemas social e psíquico, superando o óbice de que tais sistemas operam de modo diverso.

O acoplamento estrutural estimula o sistema a irritações. “A linguagem aumenta a irritabilidade da consciência através da comunicação e a irritabilidade da sociedade através da consciência”⁸⁰.

Quando nos voltamos para os sistemas que nos interessam, por exemplo o sistema jurídico, o qual é enquadrado como subsistema da sociedade, Luhmann diz que:

“O próprio direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões”⁸¹.

Através da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são imensamente aumentadas e com isso equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Essa mudança abrange todas as dimensões da generalização de expectativas e só é realizável na medida em que a congruência do direito seja assegurada de uma nova forma.⁸²

Com isso o direito passa a fluir de uma forma legítima e controlável; ele se adequa ao fato de que nas sociedades funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente. [...]A disponibilidade temporal do direito possibilita, assim, um alto grau de detalhamento de normas jurídicas frente a circunstâncias rapidamente mutáveis e fortemente

80 NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut/ICBA, 1997. p.85

81 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 8.

82 Ibidem, p.10.

diferenciadas. O direito torna-se cada vez mais um instrumento de mudança planificada da realidade em inúmeros detalhes.⁸³

Para uma melhor compreensão de que vivemos em um sistema funcional de direito, importa ressaltar que “A diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito esta mais consequentemente adequado a sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial”.⁸⁴

3.2 O CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DE LUHMANN.

O conceito jurídico de legitimidade surge na Idade Média baseado na moral. Esta base na qual a legitimidade se sustentava ruí aos poucos devido ao movimento de positivação do direito. Atualmente o conceito predominante de legitimidade baseia-se no amplo convencimento da validade do direito ou dos princípios e valores nos quais se baseiam as decisões vinculativas.

Uma vez que para Luhmann a sociedade é um sistema complexo e contingente no qual tem como parte do seu ambiente externo o homem, para que haja o controle de tais contingências surgem então as normas, os núcleos significativos e as instituições (Imputações a terceiros de um consenso que possa garantir o sucesso provável de uma expectativa normativa firmada inter partes. É a institucionalização que assegura o respeito aos acordos

83 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.11.

84 Ibidem . p.19.

firmados, ainda que os sujeitos que terão de cumpri-lo manifestem desconformidade). Este é o escopo para o entendimento do sociólogo de que o direito traduz-se em uma generalização congruente e dinâmica entre tais mecanismos, neutralizando as contingências e possibilitando uma imunização simbólica de certas expectativas contra os fatos.

Porém quanto trata do processo de institucionalização Luhmann demonstra que:

“... tal convencimento no plano fatural-consciente não tem condições de se disseminar consideravelmente”. A característica definitiva do “convencimento” esconde, através da afirmação de um fato empiricamente constatável, interdependências estruturais muito intrincadas, e nesse contexto estão principalmente aquelas que podem expressar mudanças em consequência da posituação do direito. Não é de se estranhar que a partir dessa conceituação a questão da legitimidade não possa apontar para respostas satisfatórias. Temos então que diluir essa característica definitiva do convencimento, e para tanto recorrermos às nossas considerações iniciais sobre os problemas e dos processos elementares da construção do direito.⁸⁵

Alia-se à problemática a questão da legitimidade das decisões vinculantes, uma vez que, não bastando corresponder à opinião de terceiros, estas precisam expressar a transformação institucional na medida em que se suponha o aprendizado de duplo sentido no qual o processo regule a decisão e a aceitação da mesma acerca das expectativas normativas.

Estas são as razões que levam Luhmann a dizer que: “... o entendimento convencional de democracia e legitimação possui uma tintura de questionabilidade, de fragilidade e de sucedâneo de argumentação”⁸⁶. O autor afirma que existe legitimidade em uma decisão quando em virtude das expectativas normativas transmitidas por esta, qualquer terceiro espere que os atingidos se ajustem a elas. “Essa é a estrutura da legitimidade do direito: um misto cognitivo/normativo de expectativas sobre expectativas normativas de expectativas cognitivas sobre expectativas normativas”.⁸⁷

85 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 61 e 62.

86 LUHMANN, Op.cit., p. 64.

87 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985., p. 67 e 68.

A questão que se segue, portanto é qual a possibilidade de supor que estes afetados pela decisão mesmo assim a assimilem? Conforme o entendimento de Luhmann através de dois mecanismos: força física e a participação em processos. Uma vez que a utilização exclusiva da força física levaria a um regime de terror extremamente instável, a solução estaria em dispositivos que imunizassem a decisão contra a expectativa de terceiros. Seria esta a função essencial dos processos de eleição política, processo legislativo e processo judiciário.

Esta tríade identifica-se no foco comum da busca pela verdade e justiça. Surge então a pergunta: como é que em um sistema de papéis específicos a verdade no sentido da solução correta e convincente poderá ser garantida? Sob o foco de Luhmann a diferenciação dos papéis do procedimento, seguida pelo livre estabelecimento da comunicação e da organização concorrente ou contraditória da comunicação constituem condições prévias desta busca.

Porém todos estes dispositivos não garantem que as decisões serão corretas, mesmo alcançando-se a verdade.

“Neste sentido o autor ressalta que para que seja possível investigar a função da verdade para a legitimação da decisão imparcialmente considerada numa forma sociológica moderna, deve-se abdicar a ideia de que os procedimentos legais objetivam revelar esta verdade”.⁸⁸

A legitimidade, portanto se traduz em uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”⁸⁹. É necessário que a sociedade aceite as decisões enquanto premissas de seu próprio

88 CERQUEIRA, Kátia Leão. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8646> Acesso em: 13/12/2011 às 18:09h.

89 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. CÔRTE-REAL, Maria da Conceicao. Brasília: Ed.Universidade de Brasília. Pg.30

comportamento e estruture suas expectativas separando as estruturas psíquicas e sociais, como por exemplo, o conflito entre legalidade e justiça.

3.3 A RESPOSTA DE LUHMANN PARA O CONFLITO ENTRE LEGALIDADE E JUSTIÇA.

No mesmo diapasão da problemática em questão, Luhmann se manifesta dizendo que os conceitos ideológicos de verdade e justiça advindos da estrutura normativa jus naturalista produzem um direito pouco variável e dotado de baixa capacidade de mutabilidade uma vez que suas premissas não comportam negação. Neste sentido, afirma que opiniões que garantem certezas remontam a sociedade a uma complexidade ultrapassada compreendendo sua relação com o mundo sob este foco. A verdade impede a existência de outras possibilidades.

A crença na legitimidade da norma simplesmente por ter sido emanada do Estado nos conduz a um pensamento desconectado do princípio democrático de que o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. “Depois de Weber, com o formalismo de Kelsen, o decisionismo de Schmitt e o funcionalismo procedimental de Luhmann, a legitimidade já não se define como uma crença na legalidade, senão como uma legalidade sem crença”⁹⁰

Por fim, como ponto central de sua reflexão, Luhmann nota a legitimação pelo procedimento como alternativa à busca da verdade por parte do positivismo afastando-se, assim, de ideologias como a verdade universal ou as que buscam fundamentar a legitimidade em valores supremos. O autor apresenta a legitimação pelo procedimento como substituta aos fundamentos morais e, portanto ideológicos de consenso, revelando a obsolência dos velhos

90 BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. Revista Trimestral de Direito Público, nº. 3, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 31.

critérios de verdade e justiça perfazendo-se uma teoria mais adequada à complexidade social da atualidade.

“Uma vez que a positividade do direito tornou-se realidade reconhecida o conceito de legitimidade também tem que ser a ela adaptado, passando a ser definido a partir de sua função. Essa é uma condição para que se possa captar de forma suficientemente abrangente (e não apenas como um problema de hierarquização interna) as funções da implementação fática do direito, e do controle do processo da decisão jurídica”⁹¹.

No mesmo diapasão de Luhmann também há o ponto de vista de Jürgen Habermas acerca do direito. Diante da preocupação em como manter um sistema que possibilite levar a diante as promessas constitucionais, inclusive quanto aos questionamentos acerca dos conceitos dos direitos fundamentais e de soberania, Habermas considera o direito como mediador entre a sociedade e os demais sistemas.

A defesa da legitimidade do direito também se dá através do tribunal constitucional em uma perspectiva instrumentalista. A Lei Maior daria os instrumentos e procedimentos com os quais os cidadãos poderiam alcançar suas aspirações de condições mais justas de vida. Desse modo o principal papel do Tribunal Constitucional é verificar se a condição processual da origem das leis foi feita de maneira democrática ou não.

“O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do estado, não correspondem mais a esta intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependentes por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir o direito de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso o tribunal precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos

91 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. CÔRTE-REAL, Maria da Conceicao. Brasília: Ed.Universidade de Brasília. p.70.

pressupostos comunicativos e de condições procedimentais do processo de legislação democrático”.⁹²

No que tange ao conflito tratado por Luhmann entre legalidade e justiça, entende Habermas que:

“O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas”.⁹³

O próprio conceito do procedimento democrático apoia-se num princípio de justiça, no sentido de igual respeito por todos: (...) Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade, não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos. Tampouco se pode deduzir daí que tenham desaparecido outros argumentos para um enfoque cético em relação ao tribunal.⁹⁴

Em razão da construção do seu ponto de vista o autor alerta para que, uma vez realizada a conciliação entre o Controle de Constitucionalidade e a repartição democrática dos poderes, deve-se executá-la de modo a evitar o paternalismo do Poder Judiciário para não interferir na construção de uma sociedade autônoma.

92 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, volume I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.336.

93 HABERMAS, op.cit., p.327 e p.324.

94 HABERMAS, 2003, p. 328-329

4 CONCLUSÃO.

Agora que foram abordadas algumas das hipóteses pesquisadas como possíveis soluções ao problema da legitimidade da Ação Civil Pública, quando utilizada como ferramenta de acoplamento estrutural entre a política e direito, existem condições de tecer um pensamento mais conciso a fim de chegar a uma possível resolução jurídica para o tema.

Conforme exposto inicialmente nesta pesquisa acerca da legitimidade em particular da Ação Civil Pública, poderia se questionar tanto o raio de alcance do seu objeto conforme versaram acima Arruda Alvim e Rodolfo de Camargo Mancuso, quanto a sua efetividade conforme versam Kazuo Watanabe, Mancuso e o Min.Marco Aurélio do STF. Poderia se questionar até acerca dos cabíveis conflitos entre o interesse público e o interesse metaindividual suscitados por Andréas Krell, porém entende-se que torna-se inviável tais decisões uma vez que os próprios temas ainda não se encontram definidos no ordenamento, repousando sobre ambas discussões doutrinárias ainda em aberto.

Posteriormente no desenvolvimento acerca do ativismo judicial poder-se-ia questionar acerca do seu papel a ser desempenhado com base no que versam os doutrinadores John Hart Ely e Jürgen Habermas por parte da corrente procedimentalista e Ronald Dworkin, Mauro Capelletti e Lênio Luiz Streck por parte da corrente substancialista. Da mesma forma haveriam como possíveis alvos: o questionamento acerca da missão de realizar as promessas constitucionais abordado por Mauro Capelletti e Ronald Dworkin⁹⁵ tendo como contraponto Herbert Lionel Adolphus Hart no que tange a discricionariedade judicial, ou acerca do conflito entre ativismo e políticas públicas sobre o qual versaram Habermas e Streck. Verifica-se que

95 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

existem várias hipóteses acerca do ativismo judicial em si que coadunariam com o objeto do trabalho, porém ao se tratarem de visões tão amplas e distintas como o caso das visões substancialistas e procedimentalistas correr-se-ia um risco de se enveredar por um caminho historicamente conflituoso que extrapolaria os limites deste trabalho acadêmico.

Diante de todos os temas abordados e estudados acerca do problema em tela surge então uma terceira visão, a ideia do acoplamento estrutural de Luhmann, que enxerga a legitimação pelo procedimento como o critério de consenso para o conflito em questão e difere tanto da primeira visão abordada, a qual questiona o instrumento da ação civil pública em si, quanto difere segunda visão abordada a qual questiona o papel do judiciário na aplicação deste instrumento.

Reside, portanto, na visão desse doutrinador a possível solução do problema da legitimação do instrumento ação civil pública como ferramenta de acoplamento estrutural entre sistemas diversos como política e direito. Na ótica de Luhmann a estrutura positiva do direito, em razão da sua contingência e complexidade, é a mais adequada às necessidades da sociedade em que nos encontramos, desta maneira essa figura como o instrumento mais adequado para estabelecer um entendimento congruente de expectativas comportamentais normativas entre sistemas funcionalmente diferenciados como a política e o direito.

Tal ponto de vista coaduna com o entendimento de Habermas, outro doutrinador colado ao trabalho, no qual também enxerga o direito como mediador entre a sociedade e os demais sistemas.

Uma vez determinada a ferramenta de acoplamento estrutural para solução do conflito aparente descrito no problema suscitado verifica-se a necessidade de um critério para legitimação do mesmo. Neste diapasão opta-se pelo critério da legitimação de Luhmann, pois se entende que este supera o conceito majoritário que se baseia no convencimento da validade

do direito ou dos seus princípios e valores onde se assentam as decisões vinculativas. Este estaria superado, pois, para Luhmann o atual conceito de legitimação está eivado de fragilidades, como por exemplo, o fato de uma decisão corresponder à opinião de terceiros não ser mais suficiente, cabendo a ela expressar a transformação das instituições ao ponto em que seu processo regule tanto a decisão quanto a aceitação acerca das expectativas normativas.

A solução estaria em dispositivos que imunizassem a decisão contra a expectativa de terceiros, um ótimo exemplo é o novo enfoque na busca pelo conceito de verdade. Luhmann versa que para ser possível investigar a função da verdade de uma forma sociologicamente adequada à nossa realidade é necessário abrir mão do ideal no qual o procedimento legal revelaria uma afirmação absoluta e estática. Desse modo a legitimidade se traduziria na disposição de aceitar decisões de conteúdo indefinido até certos limites de tolerância. Isso significa que estes novos conceitos ideológicos de verdade adaptariam a estrutura normativa à complexidade social que vivemos uma vez que a possibilidade de comportar negações libertaria a estrutura normativa da baixa mutabilidade que a prendia a uma estrutura engessada onde os fundamentos das decisões eram baseados em valores supremos.

Concluindo, portanto este trabalho, diante da pergunta acerca da legitimidade e dos efeitos da Ação Civil Pública (ACP) quando utilizada como uma ferramenta de acoplamento estrutural entre política e direito sob as óticas do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política entendemos ser legítimo o comportamento ativista do judiciário assim como os efeitos de suas decisões tomando como base para tanto a ótica procedimentalista de Luhmann.

Por fim o questionamento se encerra na medida em que se enxerga o procedimento legal, eivado de um conceito ideológico que retrate a sociedade complexa que nos inserimos e permita que o ordenamento jurídico acompanhe seus avanços, como instrumento de acoplamento estrutural entre os sistemas complexos da política e do direito. Desta feita tal ótica legitimaria as decisões jurídico-políticas emanadas em um instrumento processual coletivo como é o caso da Ação Civil Pública assim como seus efeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Arruda. *Ação Civil Pública – Sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In. MILARÉ, Édis. (Coord). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. Revista Trimestral de Direito Público, nº. 3, São Paulo: Malheiros, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de.. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CERQUEIRA, Kátia Leão. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8646> Acesso em: 13/12/2011 às 18:09h.

DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo Civil, Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.1.Trad. SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, volume I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IKAWA, Daniela. *Hart, Dworkin e Discrecionalidade*. São Paulo: Lua Nova, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental: O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. CÔRTE-REAL, Maria da Conceicao. Brasília: Ed.Universidade de Brasília.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 5.ed. São Paulo: RT, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MICHAELIS, Dicionário. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&pala vra=ativismo>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut/ICBA, 1997.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 40.

OAB, Revista da. **Agosto/Setembro de 2009 • Ano IV - Nº 20 • Uberlândia-MG pg.15.** Disponível em <http://www.quipus.com.br/Revista_OAB20.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2012.

PRIBERAM, Dicionário de língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=ativismo>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

STF, Pleno. **ADIn 1.576-1, rel. Min. Marco Aurélio. j. 16/04/1997, m.v., DJU 24.04.1997, p.14.914.**

STRECK, Lenio Luiz. ***Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.*** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

TATE, Neal. VALLINDER, Torbjorn. ***The Global Expansion of Judicial Power.*** Nova Iorque: Universidade de Nova Iorque. 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). ***A Democracia e os três poderes no Brasil.*** Belo Horizonte: UFMG.

VIANNA, Luiz Werneck. ***Poder Judiciário: “positivação” do direito natural e política.*** In: Estudos Históricos, vol. 9, nº 18, 1996.

WATANABE, Kazuo. In. ÉDIS. Milaré (Coord). ***A Ação Civil Pública após 25 anos.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.